

University of Groningen

De 'verzamel pandakteconstructie' in het strafrecht

Karapetian, Arpi; Verstijlen, F.M.J.

Published in:
Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Karapetian, A., & Verstijlen, F. M. J. (2015). De 'verzamel pandakteconstructie' in het strafrecht: In hoeverre handelen pandgever en bank vanuit strafrechtelijk oogpunt laakbaar bij het gestandaardiseerd registreren van de verzamel pandakte? . *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 146(7080), 881-891.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De ‘verzamelpandakte-constructie’ in het strafrecht¹

In hoeverre handelen pandgever en bank vanuit strafrechtelijk oogpunt laakbaar bij het gestandaardiseerd registreren van de verzamelpandakte?



Mw. mr. A. Karapetian* Prof. mr. F.M.J. Verstijlen**

1. Inleiding

De zogenaamde ‘verzamelpandakteconstructie’ biedt een uiterst efficiënte wijze van vestiging van zekerheden.² Door middel van één geregistreerde onderhandse akte vestigen banken dagelijks met gebruikmaking van een in algemene voorwaarden opgenomen volmacht namens nagenoeg al hun kredietnemers pandrechten op alle op beschikbare vorderingen. Massificatie van ons vermogensrecht pur sang.

Ongetwijfeld behoren tot die kredietnemers elke dag partijen die in financiële moeilijkheden verkeren of wier faillissement zelfs onvermijdelijk is. De wet van de grote getallen doet haar werk. Dat roept de vraag op hoe de verzamelpandakteconstructie zich verhoudt tot de bepalingen over bedrieglijke bankbreuk in titel XXVI van het Wetboek van Strafrecht. Want ondanks de massaliteit van het verschijnsel zijn het ‘technisch-juridisch’ alle individuele pandgevers die pandrechten vestigen op een veelheid van afzonderlijke goederen.

Kan zo’n kredietnemer namens wie in het zicht van diens faillissement goederen worden verpand ten behoeve van de bank worden aangewreven bedrieglijke bankbreuk te hebben gepleegd? En gaat de bank door wier tussenkomst dat pandrecht wordt gevestigd misschien ook zelf over de strafrechtelijke schreef?

Het zijn deze vragen die centraal staan in dit stuk. Het antwoord erop bepaalt mede of de verzamelpandakteconstructie als ultra-efficiënte methode van zekerheidsverschaffing tussen bank en kredietnemer ook zonder modificaties hanteerbaar is in hun beider relatie tegenover de schuldeisers wier belangen titel XXVI Sr beoogt te beschermen.

Uitgangspunten

Bij de beantwoording van deze vragen nemen wij tot uitgangspunt de situatie van een schuldenaar die weet dat zijn faillissement niet te vermijden is. Wat dat precies inhoudt, komt hierna nader aan de orde. De verplichting tot (dagelijkse) verpanding van vorderingen en de volmacht aan de bank om de vorderingen namens hem te verpanden, is evenwel verstrekt bij het aangaan van de kredietrelatie, toen het faillissement nog lang niet in zicht was.

Wij gaan er ook vanuit dat de functionaris die aan de zijde van de bank het desbetreffende krediet in behandeling heeft – de ‘accountmanager’ – van die situatie op de hoogte is. De functionaris die de verzamelpandakte ondertekent en doet registreren is niet bekend met de deplorabele situatie van die schuldenaar. Maar natuurlijk kan hij er wel mee bekend zijn dat zich tussen de vele duizenden kredietnemers namens wie de verzamelpandakte wordt ondertekend met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid schuldenaren bevinden die op het punt staan failliet te gaan.

Wij richten ons op de registratie van verzamelpandaktes in de periode dat de schuldenaar en de accountmanager weten van het onvermijdelijk naderende faillissement, voordat het faillissement daadwerkelijk wordt uitgesproken.³

Hieronder nemen we allereerst de positie van de schuldenaar onder de loep.

* Werkt als promovenda en docent bij de vakgroep Privaatrecht en Notarieel Recht van de Rijksuniversiteit Groningen.
(a.karapetian@rug.nl)

** Hoogleraar privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen, vaste medewerker van het WPNR.
(f.m.j.verstijlen@rug.nl)

1. De auteurs danken prof. mr. B.F. Keulen en prof. mr. H.D. Wolswijk voor hun kritische commentaar op een eerdere versie van dit artikel.
2. Zoals bekend, is deze door de Hoge Raad geaccordeerd. Zie HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/261 (Dix q.q./ING) en HR 1 februari 2013, *NJ* 2013/156 (Van Leuven q.q./ING).
3. Het probleem dat in deze bijdrage centraal staat, doet zich niet voor, althans niet in dezelfde vorm, bij verzamelpandaktes die op of na de dag van faillietverklaring worden geregistreerd. Deze leiden niet tot een geldig pandrecht omdat de vestigingshandeling wordt doorkruist door art. 35 lid 1 Fw (en de volmacht zal zijn vervallen op grond van art. 3:72, aanhef en onder a BW).

2. Pleegt de schuldenaar bedrieglijke bankbreuk?

In de situatie die wij tot uitgangspunt nemen, is art. 341 Sr de meest relevante strafbepaling. Deze bepaling stelt onder meer dat “[a]ls schuldig aan bedrieglijke bankbreuk wordt gestraft hetzij met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren en geldboete van de vijfde categorie, hetzij met één van deze straffen, hij: a. die in staat van faillissement is verklaard, indien hij ter bedrieglijke verkorting van de rechten van zijn schuldeisers: [...] 3°. ter gelegenheid van zijn faillissement of op een tijdstip waarop hij wist dat het faillissement niet kon worden voorkomen, een van zijn schuldeisers op enige wijze bevoordeeld heeft of bevoordeelt”. Kan van de schuldenaar namens wie een verzamelpandakte wordt ondertekend en geregistreerd, gezegd worden dat hij deze bepaling overtreedt? Wij lopen de onderscheidene delictsbestanddelen af, te beginnen met de vraag of de schuldenaar:

2.1. ‘een van zijn schuldeisers op enige wijze bevoordeeld heeft of bevoordeelt’

Vooropgesteld kan worden dat het vestigen van een pandrecht ongetwijfeld het bevoordelen van een schuldeiser oplevert. Onder bevoordelen wordt onder meer verstaan het op grond van een bestaande verbintenis verstrekken van zekerheden in de vorm van pand of hypotheek.⁴ Van belang hierbij is dat de schuldeiser ten bate van wie de verpanding of verhypothekering is verricht, meer krijgt dan hij in het faillissement van de schuldenaar had ontvangen op grond van de paritas creditorum en het uit de wet voortvloeiende rangordesysteem.⁵ Dat is in casu het geval: de bank krijgt haar vordering tot vestiging van een pandrecht volledig voldaan en heeft daarmee meteen (meer) zekerheid voor de gesecureerde vordering. De bank krijgt meer dan zij in het faillissement zou ontvangen indien geen pandrecht was gevestigd.

Het probleem zit in de vraag of de schuldenaar kan worden aangesproken op de verpanding die door tussenkomst van de bank plaatsvindt. Bij de beantwoording van die vraag moet onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat de schuldenaar een natuurlijk persoon of een rechtspersoon is.

2.1.1. Natuurlijk persoon-schuldenaar als dader?

Voor een natuurlijk persoon gelden volgens velen nog steeds de criteria uit het bekende IJzerdraad-arrest, al zijn die – het komt hierna nog aan de orde – aan ontwikkeling onderhevig.⁶ In het daar berechte geval werd de eigenaar van een eenmanszaak vervolgd voor het onjuist invullen en insturen van formulieren en het uitvoeren naar Finland van uit België geïmporteerd ijzerdraad. De desbetreffende handelingen waren evenwel niet door die eigenaar zelf maar door zijn ‘exportmanager tevens chef inkoper’ verricht. Het hof was tot een veroordeling

van de eigenaar gekomen, maar de Hoge Raad casseerde, overwegende:

“dat toch handelingen zoals dergelijk in strijd met de wet invullen van formulieren, doen toekomen van die formulieren aan den Dienst van In- en Uitvoer en uitvoeren van goederen, slechts dan waren aan te merken als gedragingen van verd., indien verd. erover vermocht te beschikken, of die handelingen al dan niet plaatsvonden, en deze behoorden tot de zodanige, welke plaatsvinden blijkens den loop van zaken door verd. werd aanvaard of placht te worden aanvaard”.

In de verzamelpandakteconstructie is het niet een werknemer die de verpandingen tot stand brengt, maar de bank. Dat is evenwel niet bepalend:⁷ het gaat erom of de schuldenaar over die handelingen “vermocht te beschikken” en of het plaatsvinden ervan “werd aanvaard of placht te worden aanvaard”. Bij de toepassing van het eerste criterium, het beschikken, komt het neer op de vraag of de verdachte zeggenschap had over het al of niet plaatsvinden van de verboden gedraging.⁸ Daarbij is van belang dat de verdachte zowel de mogelijkheid tot het laten plaatsvinden van de gedraging had als de mogelijkheid tot het niet laten plaatsvinden ervan.⁹

Het criterium van de aanvaarding werd door veel auteurs aanvankelijk tamelijk subjectief uitgelegd.¹⁰ In die benadering moet sprake zijn van bewustzijn en ‘een zekere wil of acceptatie van het verboden

- Ook het voldoen van een opeisbare of niet-opeisbare schuld valt hieronder. Zie C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude* (Serie Onderneming en Recht), 3e druk, Deventer: Kluwer 2009, p. 290.
- Zie HR 24 december 1888, W. 5661, alwaar overigens slechts doorbreking van de paritas creditorum aan de orde was en niet hoefde te worden ingegaan op de positie van een bevoorrechte schuldeiser.
- HR 23 februari 1954, NJ 1954/378. Zie bijv. E. Gritter, ‘Functioneel plegen door een natuurlijke persoon’ in J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en Deelnemen*, (serie Facetten van Strafrechtspleging, deel 17), Deventer: Kluwer 2007, p. 20, die overigens de kern van het functioneel daderschap legt bij ‘niet ingrijpen’ waar ingrijpen geboden was. Zie p. 22. Zie ook J. de Hullu, *Materieel strafrecht – over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, 4e druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 154-158.
- Vgl. F. Vellinga-Schootstra, ‘Het daderschap van de natuurlijke persoon’, in J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 34-36.
- De Hullu 2012, p. 156.
- Gritter 2007, p. 20.
- Zie bijv. A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht* (diss. UvA), Arnhem: Gouda Quint 1998, p. 96.

gedrag’.¹¹ Dit criterium kwam door het hierna te behandelen Drijfmarrestarrest echter in een ander licht te staan. De Hoge Raad begreep daar mede onder het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid kon worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging. Het betrof daar weliswaar het ouderschap van rechtspersonen, maar er werd aangeknoopt bij de IJzerdraadcriteria en aangenomen wordt dat deze objectivering ook betekenis heeft voor natuurlijke personen.¹² Dat zou betekenen dat het niet of onvoldoende controleren van bedrijfsprocessen, terwijl dat wel geleverd mag worden, ook voor natuurlijke personen aanvaarden kan opleveren.¹³

Is in de gevallen waarmee wij ons hier bezighouden aan dit beschikkings- respectievelijk aanvaardingscriterium voldaan?

Allereerst zij opgemerkt dat het criterium van het beschikken en aanvaarden betrekking heeft op verpandingen die plaatsvinden op het moment dat het faillissement van de schuldenaar onvermijdelijk is.¹⁴ Alleen dan zijn de verpandingen immers ‘verboden’. Wij menen dat voldaan wordt aan het beschikkings- en aanvaardingscriterium. De schuldenaar ‘vermocht’ te beschikken over de verpandingen omdat de bank de pandrechten namens hem tot stand brengt op basis van de door hem daartoe afgegeven volmacht. Hieraan doet niet af dat de volmacht onherroepelijk is. Dat is een keuze geweest van de schuldenaar. In zekere zin is dat juist het uitoefenen van zeggenschap. Dit toont zich het duidelijkst ingeval de schuldenaar bekend is met de verzamelpandakteconstructie. Met het verstrekken van de volmacht bewerkstelligt en accepteert hij dat namens hem – anders gezegd: door hem – tot in lengte van jaren elke (werk)dag een pandrecht wordt gevestigd.

Maar ook indien de schuldenaar de finesses van de verzamelpandakteconstructie niet doorziet, blijft het feit dat hij de bank een volmacht geeft die niet in de tijd is beperkt noch aan voorwaarden is onderworpen en zich dus uitstrekt tot de onderwerpelijke situatie waarin de verpandingen verboden zijn. De schuldenaar aanvaardt die (verboden) verpandingen, is het niet doordat de volmacht onherroepelijk en ongeclausuleerd wordt verleend, dan toch door geen actie te ondernemen in het zicht van zijn naderende faillissement. Wij menen dat de schuldenaar – onherroepelijke volmacht of niet – kan eisen dat de bank afziet van het namens hem benadelen van zijn overige schuldeisers. In het midden kan blijven of dit wordt gebaseerd op een normatieve uitleg van de kredietovereenkomst of art. 6:248 BW. Wij achten het in flagrante strijd met de belangen van haar wederpartij – en de betrokken maatschappelijke belangen, die evenzeer relevant zijn¹⁵ – indien de bank door gebruik te blijven maken van de volmacht de schuldenaar laat doen wat hij zelf met

het oog op de belangen van de overige schuldeisers niet meer mag of wil doen, waar die belangen voor de schuldenaar van gelijk gewicht moeten zijn als dat van de bank.

Dit geldt temeer indien de zojuist aangestipte objectivering van het aanvaardingscriterium in ogenschouw wordt genomen: zelfs indien de schuldenaar geen kennis zou hebben genomen van de algemene voorwaarden waarin het volmachtbeding is opgenomen, kan van hem worden verwacht dat hij dit doet en de consequenties ervan doordenkt. Hij heeft immers een specifieke verantwoordelijkheid jegens zijn schuldeisers.

Met dit alles is nog niet gezegd dat de schuldenaar strafbaar is, maar slechts dat de (verboden) verpandingen gelden als handelingen van de schuldenaar. Verbazingwekkend is dat niet: het is juist de essentie van het leerstuk van de volmacht c.q. vertegenwoordiging.

2.1.2. *Rechtspersoon-schuldenaar als dader?*

Is de schuldenaar een rechtspersoon, dan is de redenering een andere. “Strafbare feiten kunnen worden begaan door [...] rechtspersonen”, zo wordt sinds 1976 in zijn algemeenheid bepaald in art. 51 Sr. Met deze strafbaarstelling van rechtspersonen was echter niet de vraag beantwoord hoe de vaststelling van het ouderschap diende plaats te vinden. Verschillende auteurs waagden zich aan het formuleren van algemene theorieën en gezichtspunten waarmee het ouderschap kon worden vastgesteld.¹⁶ En ook de rechtspraak paste verschillende criteria toe om tot ouderschap van een verdachte rechtspersoon

11. De Hullu 2012, p. 157; H.D. Wolswijk, ‘Functioneel ouderschap en IJzerdraadcriteria’, *Delikt en Delinkwent* 2001, p. 1089.

12. Zie Gritter, t.a.p., p. 29. Vgl. De Hullu 2012, p. 157.

13. Gritter, t.a.p., p. 30.

14. Zie paragraaf 2.3 over het hierop betrekking hebbende bestanddeel ‘op een tijdstip waarop de schuldenaar weet dat het faillissement niet meer kon worden voorkomen’.

15. Zie art. 3:12 BW.

16. Zie bijv. G. Knigge, ‘Doen en laten; enkele opmerkingen over ouderschap’ *Delikt en Delinkwent* 1992, p. 128-154 die pleit voor het hanteren van een maatschappelijk verkeerscriterium (naar analogie met het in het civiele recht ontwikkelde maatschappelijk verkeerscriterium, zoals uiteengezet in het Kleuterschool/Babbelarrest, HR 6 april 1979, *NJ* 1980/34).

soon te concluderen.¹⁷ Pas in 2003 liet de Hoge Raad zich in het Drijfmestarrest in algemene bewoordingen uit over de wijze waarop het ouderschap van rechtspersonen kan worden vastgesteld.¹⁸ Hier was het de vraag of een beheerder van landerijen kon worden aangesproken op het uitrijden van niet-ondergewerkte drijfmest door onbekenden.

Met een beroep op de wetsgeschiedenis wordt gesteld dat een rechtspersoon als dader kan worden aangemerkt “indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend”.¹⁹ Wanneer er sprake is van een dergelijke redelijke toerekening hangt volgens ons hoogste rechtscollege af van de concrete omstandigheden van het geval en daarbij dient de aard van de gedraging in de beoordeling te worden betrokken. De Hoge Raad vervolgt dat een belangrijk ‘oriëntatiepunt’ is of “de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon”. Hierna worden vier categorieën van omstandigheden genoemd waarin sprake kan zijn van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon. De eerste categorie betreft het handelen of nalaten van iemand die werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon. Dat kan iemand zijn die in dienst is van de rechtspersoon, maar ook iemand die uit anderen hoofde werkzaamheden te harer behoeve uitvoert. De tweede categorie ziet op gedragingen die passen in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon. Dat gedragingen in de context van de bedrijfsvoering plaatsvinden, kan derhalve bijdragen aan de conclusie dat deze worden toegerekend aan de rechtspersoon. De derde categorie ziet op de vraag of de gedraging de rechtspersoon dienstig is geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf. Dit wordt ook wel het baatcriterium genoemd en werd reeds voor het Drijfmestarrest in de rechtspraak toegepast.²⁰ Tot slot heeft de vierde categorie betrekking op de situatie dat de rechtspersoon ‘[...] erover [vermocht] te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig gedrag [...] blijkens de gang van zaken door de rechtspersoon [...] aanvaard of placht te worden aanvaard’. Men zal hierin het criterium uit het hiervoor geciteerde IJzerdraadarrest herkennen. De Hoge Raad voegt thans evenwel toe – er werd hiervoor al op gepreludeerd – dat onder aanvaarden mede begrepen is “het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging”; een vergaande objectivering van het aanvaardingscriterium.

Ook deze criteria leiden ons tot de conclusie dat de rechtspersoon-schuldenaar als dader van de verboden gedragingen geldt. De verpandingen kunnen redelijkerwijze aan hem worden toegerekend; zij geschieden in zijn ‘sfeer’ en kunnen in verschillende van de door de Hoge Raad genoemde categorieën worden geplaatst. De bank is – ook – werkzaam ten behoeve van de rechtspersoon nu zij diens verpach-

ting tot verpanding uitvoert. De verpanding van vorderingen maakt ook onderdeel uit van de bedrijfsvoering van de schuldenaar, meer precies de financiering ervan en is als zodanig daar ook dienstig aan. Aan het beschikkings- en aanvaardingscriterium is voldaan op dezelfde gronden als hiervoor in paragraaf 2.1.1 ten aanzien van natuurlijke personen gesteld.

Voor de strafbaarheid van de schuldenaar (-rechtspersoon) dient evenwel ook te worden gekeken naar de overige bestanddelen van art. 341 Sr.

2.2. *‘ter bedrieglijke verkorting van de rechten van zijn schuldeisers’*

2.2.1. *Voorwaardelijk opzet volstaat*

Een bevoordeling van een der schuldeisers, in casu de pandnemer, is slechts strafbaar indien dit geschiedt ‘ter bedrieglijke verkorting van de rechten van schuldeisers’. Over de invulling van dit bestanddeel heeft in de literatuur lange tijd discussie gewoed. De Hoge Raad heeft in een aantal betrekkelijk recente arresten knopen doorgehakt. Met de geciteerde frase wordt tot uitdrukking gebracht dat de schuldenaar opzet op de verkorting van de rechten van de schuldeisers moet hebben gehad.²¹ Daaronder is voorwaardelijk opzet begrepen. Dat betekent dat voor het bewijs van het bestanddeel ‘ter bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeisers’ voldoende is dat de schuldenaar bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de schuldeisers door zijn gedraging (de bevoordeling) benadeeld zouden worden in hun verhaalsmogelijkheden.²²

Heeft de pandgever (voorwaardelijk) opzet op de benadeling van zijn schuldeisers ingeval de bank mede namens hem verzamelpandaktes registreert nadat het faillissement onvermijdelijk is geworden?

De vraag moet worden onderscheiden van de hiervoor in bevestigende zin beantwoorde vraag of de feitelijke (registratie)handelingen van de bank als eigen delictsgedraging van de pandgever kunnen

17. Bijv. het criterium dat het desbetreffende handelen ertoe kon strekken dienstig te zijn aan de rechtspersoon zijn bedrijf (HR 27 januari 1948, *NJ* 1948/197) en het criterium van de normale bedrijfsvoering dat de Hoge Raad in het zogenoemde Rodevloeistofarrest gebruikte (HR 23 februari 1993, *NJ* 1993/605).

18. HR 21 oktober 2003, *NJ* 2006/328.

19. R.o. 3.3.

20. Zie HR 27 januari 1948, *NJ* 1948/197 (V&D).

21. HR 9 februari 2010, *NJ* 2010/104, r.o. 4.3.2. Zie ook HR 16 februari 2010, *NJ* 2010/119. Volgens het eerstgenoemde arrest is daadwerkelijke benadeling niet vereist.

22. Het voorwaardelijk opzet als lichtste vorm van opzet is omarmd in het Cicero-arrest, HR 9 november 1954, *NJ* 1955/55.

gelden. In het IJzerdraadarrest overwoog de Hoge Raad dat “opzet t.a.v. enig delict of delictsbestanddeel door het Nederlandse strafrecht nergens wordt toegerekend aan een natuurlijk persoon, indien die geestesgesteldheid bij hem of haar niet persoonlijk aanwezig is geweest”. En ook in het Drijfmestarrest is beslist dat de vraag of de rechtspersoon als dader kan worden aangemerkt los staat van “de beoordeling van de aanwezigheid van bestanddelen als opzet of schuld indien het een misdrijf betreft”.²³

Voor een bevestigende beantwoording van de vraag of de pandgever ‘ter bedrieglijke verkorting van de rechten van schuldeisers’ handelt, is vereist, zo volgt uit het voorgaande, dat de pandgever bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat zijn schuldeisers benadeeld zouden worden. In de literatuur wordt aangegeven dat het vereiste aanvaarden van die aanmerkelijke kans volgens de rechtspraak kan worden vastgesteld aan de hand van de aard van de gedraging en de uiterlijke verschijningsvormen ervan.²⁴ Ten tijde van het verstrekken van de onherroepelijke volmacht zal die situatie zich niet of nauwelijks voordoen. Van een faillissement is dan in de regel nog lang geen sprake, laat staan van een aanmerkelijke kans dat schuldeisers in het zicht van een onvermijdelijk faillissement worden benadeeld, welke kans door de schuldenaar bewust wordt aanvaard.²⁵

Maar dat is ook niet per se het bepalende moment. Dat is veeleer de verpanding na het moment dat de schuldenaar weet dat het faillissement onvermijdelijk is. Deze handeling geldt, zo volgt uit paragraaf 2.1, als een handeling van de schuldenaar. Kan men zeggen dat dat geschiedt ter bedrieglijke verkorting van de rechten van schuldeisers? Het probleem is dat de schuldenaar zelf feitelijk geen handeling verricht, maar dat de bank die verpanding tot stand brengt. Indien de pandgever op enig moment heeft moeten constateren dat het faillissement onvermijdelijk is – en dat is een van onze uitgangspunten²⁶ – dan staat daarmee vast dat de verpandingen ten minste een aanmerkelijke kans op benadeling van de schuldeisers kunnen creëren. Voor het vaststellen van voorwaardelijk opzet is daarnaast vereist dat de schuldenaar deze aanmerkelijke kans ook bewust heeft aanvaard.

Wij menen dat van de schuldenaar die weet dat de bank voortgaat met het namens hem verpanden van vorderingen en desondanks niets doet om dat te verhinderen – bijvoorbeeld omdat het hem wel goed uitkomt dat de bank een betere zekerheidspositie heeft – kan worden gezegd dat hij die verpanding aanvaardt. Daaraan doet niet af dat de volmacht die de schuldenaar heeft verstrekt onherroepelijk is. Dat wil niet zeggen dat hij niet kan verhinderen dat de verpandingen namens hem continueren. We mogen aannemen dat de bank die op de hoogte wordt gesteld van het onvermijdelijke faillissement, zal

meewerken aan het beëindigen van de verpandingen namens hem; en hiervoor betoogden wij dat de schuldenaar dat ook kan eisen.²⁷ Indien de kredietnemer stilzit en ijdel toeziet hoe de verpandingen doorgaan – deze niet eens probeert te verhinderen – aanvaardt hij de consequenties. Het wilselement bij stilzitten kan worden gebaseerd op het uitblijven van actie daar waar zij geboden was. Waar het aanvaarden bij bijvoorbeeld geweldsdelicten kan worden afgeleid uit het voortzetten van de kwalijke handelingen terwijl de dader zich bewust was van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zou intreden, zo kan het aanvaarden in casu worden gestoeld op het uitblijven van een handeling terwijl de schuldenaar zich bewust was van de aanmerkelijke kans – of zelfs, gezien het ‘mechanisch’ repeterende karakter van de verzamelpandakteconstructie: de zekerheid – dat een bepaald gevolg zou intreden.

2.2.2. De schuldenaar die niet weet van de verzamelpandakteconstructie

In het voorgaande ligt de veronderstelling besloten dat de kredietnemer op de hoogte is van de verzamelpandakteconstructie zoals die in haar verhouding met de bank geldt. De vraag is of die wetenschap in de praktijk van alledag ook aanwezig is. Het volmachtbeding waarmee de constructie mogelijk wordt gemaakt, is neergelegd in de algemene bankvoorwaarden.²⁸ Het is niet onrealistisch te denken dat niet elke kredietnemer zich rekenschap geeft van de algemene voorwaarden waardoor de katalysator van de verzamelpandakte haar onbekend blijft. Dit geldt temeer indien de voorwaarden erin voorzien dat de kredietnemer (ook) zelf pandlijsten opmaakt en inzendt en de verzamelpandakte additioneel is.²⁹

23. Zie in dezelfde zin voor fiscale vergrijpboetes HR 1 december 2006, *BNB* 2007/151.

24. De Hullu 2012, p. 228-229.

25. Ook niet wanneer de ruime invulling van Hilverda wordt gehanteerd, die inhoudt dat voldoende is dat voor de schuldenaar ten tijde van de gedraging het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien waren. Zie T. Hilverda, ‘Het bedrieglijke van de bankbreuk ontrafeld’, *TvI* 2012/9. Zij zoekt daarbij aansluiting bij de civielrechtelijke rechtspraak inzake art. 42 Fw. In HR 22 december 2009, *NJ* 2010/273 (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III) bepaalde de Hoge Raad dat er sprake is van ‘weten of behoren te weten dat benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn’ – in de zin van art. 42 lid 1 Fw – indien ‘ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien’.

26. Zie paragraaf 1.

27. Zie paragraaf 2.1.1.

28. Zie bijv. art. 15 van de Algemene Bepalingen voor Kredietverlening door ABN AMRO (voor zakelijke klanten), art. 7.11 van de Algemene Bepalingen van Pandrecht (ING) en art. 45 van de Algemene Voorwaarden bedrijfsfinanciering van de Rabobank 2010.

29. De schuldenaar zou dan steeds periodiek pandlijsten aanleveren, terwijl deze geen effect sorteren omdat de in die lijsten genoemde vermogensbestanddelen reeds eerder zijn verpand door de registratie van de verzamelpandakte.

Hiervoor kwam aan de orde dat de omstandigheid dat de schuldenaar geen kennis neemt van de voorwaarden er niet aan in de weg staat dat hij kan gelden als functioneel dader. Maar de vraag naar (voorwaardelijk) opzet is een andere.³⁰ In de situatie dat de schuldenaar niet daadwerkelijk weet heeft van de verzamelpandakteconstructie en de in dat kader verrichte dagelijkse verpandingen, menen wij dat het stilzitten van de schuldenaar geen voorwaardelijk opzet kan opleveren. De ondergrens van het opzetvereiste wordt niet bereikt: hij heeft niet eens geweten dat de bank voortging met de verpandingen, laat staan dat hij dat heeft gewild, al dan niet in de zin van ‘aanvaarden’ of ‘op de koop toe nemen’.³¹ Het gegeven dat de schuldenaar de delictsgedraging wel (functioneel) pleegt, maar wegens het ontbreken van het opzet niet aansprakelijk is, kan relevant zijn voor de hieronder nog te bespreken positie van de bank.

2.3. *op een tijdstip waarop de schuldenaar wist dat het faillissement niet kon worden voorkomen*

Tot slot een enkel woord over het bestanddeel dat het faillissement naar de schuldenaar wist, niet kon worden voorkomen.

Volgens Hilverda, die zich op de wetsgeschiedenis beroept, drukt het ‘weten’ in de bedoelde zinsnede uit dat opzet is vereist en volgt daaruit dat dit bestanddeel slechts dan vervuld is wanneer de pandgever zeker weet dat het faillissement niet kan worden voorkomen.³² Indien de schuldenaar zich slechts bewust is van de waarschijnlijkheid dat het faillissement niet kan worden voorkomen, is dat volgens haar onvoldoende voor de vervulling van dit bestanddeel. De Hoge Raad heeft enkele jaren na de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht echter een uitspraak gedaan waarin een extensievere interpretatie is gegeven aan het betreffende bestanddeel. Geoordeeld is dat indien de bevoordeling geschiedt op een tijdstip waarop de bestuurder weet dat het faillissement zal worden uitgesproken indien het wordt aangevraagd, er voldaan wordt aan de eis dat het moet gaan om een ‘tijdstip waarop hij wist dat het faillissement niet kon worden voorkomen’.³³ Ingevolge deze uitspraak van de Hoge Raad zou de situatie waarin de schuldenaar niet al zijn financiële verplichtingen kan nakomen, reeds voldoende zijn voor de vervulling van dit bestanddeel. Die situatie brengt in de praktijk echter niet vanzelfsprekend mee dat er ook een ‘zeker vooruitzicht’ bestaat op een faillissement.³⁴ Er kunnen immers nog reddingspogingen worden ondernomen al dan niet in de vorm van een vergelijk met de schuldeisers.

Om die reden en gezien de wens van de wetgever om betalingen tijdens financiële krapte niet te snel strafbaar te kwalificeren, delen wij de mening van Hilverda dat het desbetreffende bestanddeel pas

vervuld is indien de schuldenaar ‘zeker weet dat het faillissement onvermijdelijk is’.³⁵ Indien de schuldenaar-pandgever dus in de situatie verkeert dat hij zeker weet dat het faillissement onvermijdelijk is, dient hij de bank daarvan te verwittigen en de registratie van de verzamelpandakte te voorkomen.³⁶

3. De positie van de bank: art. 344 Sr

Het is tijd om het vizier te richten op de positie van de bank, de drijvende kracht achter de verzamelpandakteconstructie. Komt haar handelwijze in de strafrechtelijke gevarenzone? Wij menen dat dat het geval is en wel op twee van elkaar te onderscheiden manieren. In de eerste plaats is daar art. 344 Sr. Waar de meeste bepalingen van titel XVIII Sr zich richten op de schuldenaar, richt art. 344 Sr zich op diens wederpartij. In de tweede plaats moet onder ogen worden gezien of de betrokkenheid van de bank kan worden gekwalificeerd als deelneming aan bedrieglijke bankbreuk door de schuldenaar. Thans stellen wij de eerstbedoelde bepaling aan de orde. In de volgende paragraaf volgt de deelnemingsvariant.

In art. 344 Sr wordt – onder meer – strafbaar gesteld degene die:

“in geval van faillissement, of in het vooruitzicht daarvan, indien het faillissement is gevolgd, ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers, [...] betaling aanneemt[...] van een opeisbare schuld, [...] wetende dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd of ten gevolge van overleg met de schuldenaar”.

30. Zie paragraaf 2.1.

31. Zie over deze ‘kern van opzet’ resp. de ondergrens ervan De Hullu 2012, p. 224-242.

32. Hilverda 2009, p. 172.

33. HR 1 juni 1891, W. 6044: “dat toch dit „niet kunnen” uit den aard der zaak geenszins aanduidt de *volstrekte* onvermijdelijkheid van het faillissement, doch doelt op de onafwendbaarheid der faillietverklaring, zoo die bij gebreke van eigen aangifte door de schuldeisers gevorderd mocht worden, zonder dat inmiddels onverwachte hulp mocht opgedaagd, of eene onderhandsche schikking met de schuldeisers mocht getroffen zijn, en dat de wetenschap dier onafwendbaarheid, naar de bedoeling der wet, juist kan en moet berusten op „bekendheid met den min gunstigen, hem tot voldoening aan zijne financieele verplichtingen jegens zijne schuldeisers buiten staat stellenden toestand” van den koopman”. Deze lijn is bevestigd in HR 15 april 1935, NJ 1935/1233. Vgl. HR 30 oktober 1939, NJ 1940/327.

34. Vgl. B.F. Keulen, *Ons strafrechtelijk faillissementsrecht* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 158.

35. Hilverda 2009, p. 174.

36. Het zij hier nogmaals vermeld dat wij deze situatie tot uitgangspunt nemen in deze bijdrage. Zie paragraaf 1 onder uitgangspunten.

De strafbaarheid van de schuldeiser bij het aanvaarden van een opeisbare schuld is beperkt tot gevallen waarin hij wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd of waarin de betaling plaatsvond als gevolg van overleg met de schuldenaar. De lezer zal hierin de voorwaarden van art. 47 Fw herkennen, waaruit zij zijn overgenomen. Art. 47 Fw regelt de civielrechtelijke vernietigbaarheid van rechtshandelingen tot het voldoen van een opeisbare schuld. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 344 Sr blijkt dat de wetgever het oogmerk had handelingen die bij het voldoen van een opeisbare schuld in civielrechtelijk opzicht rechtmatig waren, niet strafbaar te laten zijn.³⁷

Pleegt de bank het delict uit art. 344 onder 1 Sr bij het registreren van de verzamelpandakte op het moment dat het faillissement van de schuldenaar onvermijdelijk is? De verpanding van vorderingen is het voldoen van een opeisbare vordering, nu zij geschiedt ter uitvoering van een kredietovereenkomst waarin de schuldenaar zich verplicht heeft tot het verstrekken van pandrechten. Het aanvaarden van dit pandrecht – dat ten minste impliciet geschiedt door zelf voor registratie zorg te dragen, maar vermoedelijk in de regel ook expliciet in de verzamelpandakte wordt bepaald – constitueert dus het aannemen van een betaling door de bank.

Het voldoen van een opeisbare schuld is krachtens art. 344 onder 1 Sr slechts strafbaar indien de schuldeiser wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd of dit geschiedde ten gevolge van overleg met de schuldenaar. Zoals hiervoor aangegeven, heeft de wetgever bewust gekozen voor de terminologie van art. 47 Fw om te bewerkstelligen dat civielrechtelijk rechtmatige betalingen niet door art. 344 Sr zouden worden getroffen. Indien de verzamelpandakte wordt geregistreerd op een moment dat het faillissement van de schuldenaar (pandgever) reeds was aangevraagd en de bank wist hiervan,³⁸ dan is de eerste voorwaarde voor strafbaarheid van de bank vervuld.

In een dergelijk geval zal ook snel zijn voldaan aan de voorwaarde dat de betaling moet geschieden in het vooruitzicht van het faillissement. Als kredietverlener zal de bank vergaand inzicht hebben in de financiële situatie van de pandgever en zal bekendheid met het aanstaande faillissement van de pandgever ten tijde van de registratie van de verzamelpandakte veelal zijn aan te nemen.³⁹ Dat de functionaris die op de hoogte is van de financiële toestand van de pandgever – de afdeling ‘Bijzonder Beheer’ of de reguliere accountmanager – niet dezelfde is als degene die de verzamelpandaktes ondertekent en registreert, doet daar niet aan af. De vraag is namelijk of de kennis bij de ene afdeling en de registratie door de andere afdeling in totaliteit aan de bank als rechtspersoon kunnen worden toegerekend. Dat lijkt ons hier het geval, nu het in de

organisatie van de bank bij uitstek tot de functie van de eerstbedoelde functionaris behoort om van die financiële situatie op de hoogte te zijn,⁴⁰ de functie van de andere om voor registratie zorg te dragen. De bank als zodanig hoort er zorg voor te dragen dat óf de eerstbedoelde functionaris een einde maakt aan de volmacht en daarmee de verpandingen namens de bijna failliete schuldenaar, óf de desbetreffende informatie wordt doorgeleid naar een andere afdeling die de geëigende maatregelen neemt.

De kaarten liggen anders bij het overlegcriterium in art. 344 Sr. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat ook bij deze situatie wordt aangesloten bij art. 47 Fw. In het kader van die laatste bepaling heeft de Hoge Raad onder overleg verstaan samenspanning tussen de schuldeiser en de schuldenaar.⁴¹ Bij beiden moet het oogmerk hebben bestaan de desbetreffende schuldeiser te bevoordelen ten koste van de andere schuldeisers. Van de bank die in de wetenschap van het naderende faillissement doorgaat met het aan zichzelf verpanden van vorderingen kan misschien nog gezegd worden dat zij het oogmerk heeft zich boven andere schuldeisers te bevoordelen, maar het gaat ons te ver de schuldenaar, althans de schuldenaar die niet eens weet van het voortgaan van de verpandingen, dat oogmerk in de schoenen te schuiven.⁴²

37. Om te voorkomen dat strijd zou bestaan tussen het in te voeren art. 47 Fw en het in 1886 ingevoerde (andersluidende) art. 344 Sr, werd bij wet van 20 januari 1896 (*Stb.* 9) art. 344 Sr in de huidige aan art. 47 Fw identieke redactie gewijzigd. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, heruitgave Van der Feltz I*, Tjeenk Willink: 1994, p. 543-544.

38. Hier kan in het midden blijven of onder ‘weten’ als bedoeld in art. 47 Fw ook ‘behoren te weten’ moet worden verstaan. Zie in bevestigende zin N.E.D. Faber, *Verrekening* (Serie Onderneming en Recht, deel 33), Deventer: Kluwer 2005, p. 345; in ontkennende zin F.P. van Koppen, *Actio pauliana en onrechtmatige daadvordering*, (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, p. 155.

39. We roepen in herinnering dat wij in deze bijdrage – tegen de achtergrond van de massaliteit van de verzamelpandakteconstructie – het geval tot uitgangspunt nemen dat de bank daar inderdaad van wist. Zie paragraaf 1.

40. Zie R.A. Torringa 1984, *Strafbaarheid van rechtspersonen* (diss. RuG), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 37-38 die in het kader van het toerekenen van opzet (en dus ook kennis) aan rechtspersonen spreekt van ‘bijeengeharkt gefragmenteerd opzet’ in situaties waarin het opzet over verscheidene personen is verspreid. Hij acht voor toerekening van dit ‘opzet’ van belang of de natuurlijke personen wier willen en weten aan de rechtspersoon wordt toegerekend, daadwerkelijke invloed konden uitoefenen op het strafbare gedrag van de rechtspersoon. Vgl. R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Deventer: Kluwer 2001, p. 35-36. Zie voor toerekening van kennis in het civiele recht B.M. Katan, ‘Toerekening van kennis aan rechtspersonen: een vuistregel voor ‘standaardgevallen’’, *WPNR* 2014/7039, p. 1081-1087, verwijzend naar Hof Den Haag 18 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:996.

41. HR 24 maart 1995, *NJ* 1995/658 (Gispen q.q./IFN).

42. A.I.M. van Mierlo, ‘Onherroepelijke volmacht en overleg als bedoeld in art. 47 Fw’, *WPNR* 1985/6185, p. 389-390.

In alle gevallen is voor strafbaarheid van de bank vereist dat zij handelde 'ter bedrieglijke verkorting' van de rechten van de schuldeisers. Voor de vraag hoe die voorwaarde moet worden uitgelegd, zij verwezen naar hetgeen hiervoor ten aanzien van de schuldenaar is gesteld.⁴³ Het daar gestelde geldt mutatis mutandis voor de bank. De vaststelling van het in dit vereiste besloten liggend opzet van de bank kan zowel getrapd plaatsvinden via toerekening van het (voorwaardelijk) opzet van de accountmanager, als meer rechtstreeks door inachtneming van de beslissingsstructuur en de takenverdeling binnen de onderneming waarin de accountmanager degene is met daadwerkelijk inzicht in de situatie van de schuldenaar terwijl een andere medewerker de aktes registreert.⁴⁴

Het zij benadrukt dat deze aansprakelijkheid slechts aan de orde komt indien het faillissement daadwerkelijk is aangevraagd en de bank dit weet of indien er – in voorkomende gevallen – sprake is van het bedoelde overleg. Is het faillissement 'slechts' onvermijdelijk (maar nog niet aangevraagd) en is er geen sprake van overleg, dan kan van strafbaarheid op grond van art. 344 Sr geen sprake zijn. Voor die gevallen dient de deelnemingsvariant te worden onderzocht: is de bank die zelf geen bedrieglijke bankbreuk pleegt, toch strafbaar op grond van art. 47 Sr jo. art. 341 sub a onder 3 Sr?

4. De positie van de bank: deelneming aan bedrieglijke bankbreuk

4.1. Samenloop art. 344 onder 1 Sr en deelnemingsfiguren

Aangezien rechtspersonen ingevolge art. 51 Sr evenals natuurlijke personen strafbare feiten kunnen begaan, kunnen zij ook deelnemen aan een strafbaar feit. Bij de vraag naar de mogelijke deelneming van de bank aan bedrieglijke bankbreuk ex art. 341 sub a onder 3 Sr, dient de samenloop met art. 344 onder 1 Sr in ogenschouw te worden genomen. De bank is slechts strafbaar wegens schending van die laatste bepaling indien wordt voldaan aan de hiervoor omschreven voorwaarden, waaronder wetenschap dat het faillissement van de schuldenaar is aangevraagd of overleg met de schuldenaar. Is het wel mogelijk en geoorloofd die beperkingen te omzeilen door het over de boeg van deelneming aan bedrieglijke bankbreuk door de schuldenaar te gooien? In art. 341 sub a onder 3 Sr is de strafbaarstelling opgenomen van het bevoordelen van een schuldeiser door de schuldenaar. Indien dat geschiedt op een moment waarop de schuldenaar wist dat het faillissement niet meer kon worden voorkomen en de schuldenaar daarbij ter bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeisers handelde, dan is de schuldenaar strafbaar wegens schending van art. 341 sub a onder 3 Sr.

Zoals voor alle strafbare feiten geldt, kunnen derden uit hoofde van art. 47 en 48 Sr deelnemen aan dit

door de schuldenaar gepleegde feit en uit dien hoofde zelf strafbaar zijn. Zo ook de bank. Onder het regime van art. 341 sub a onder 3 Sr geldt, zoals valt te lezen in de strafbepaling, niet de eis dat de bank bekend moet zijn met de faillissementsaanvraag of dat sprake dient te zijn van overleg.

Uit een arrest uit 1999 volgt dat indien een bepaalde situatie valt onder de reikwijdte van art. 344 onder 1 Sr en noodzakelijkerwijs impliceert dat door de derde (schuldeiser) is deelgenomen aan art. 341 sub a onder 3 (in casu medeplegen), dan art. 344 onder 1 Sr ten laste dient te worden gelegd.⁴⁵ In deze gevallen geldt art. 344 onder 1 Sr derhalve als een bijzondere regeling ten opzichte van de toepassing van de bankbreukbepalingen in samenhang met de deelnemingsfiguren. Deze regel lijdt volgens de Hoge Raad evenwel uitzondering indien de bemoeienissen van de schuldeiser met de gang van zaken rondom de betaling van de opeisbare schuld zo indringend waren dat zijn rol niet beperkt bleef tot de schuldeiser die een betaling ontvangt. In dit geval kan volgens het rechtscollege ook medeplegen ten laste worden gelegd. Afhankelijk van de intensiteit waarmee de schuldeiser zich met de gang van zaken heeft bemoeid, kan dus de deelnemingsregeling worden toegepast.

Hoewel deze uitspraak van de Hoge Raad ging om een feitencomplex waarmee zowel de bestanddelen van art. 344 onder 1 Sr werden vervuld als de voorwaarden die noodzakelijk zijn voor het aannemen van medeplegen aan art. 341 sub a onder 3 Sr, wordt deze redeneerwijze in de literatuur ook toegepast op het geval waarin het gedrag van de schuldeiser niet strafbaar is uit art. 344 onder 1 Sr, maar wel als deelneming aan bedrieglijke bankbreuk kan worden aangemerkt.⁴⁶

43. Zie paragraaf 2.2.

44. Zie over het opzet van rechtspersonen verder De Hullu 2012, p. 268. Tot slot zij gewezen op een arrest uit 1996 van de Hoge Raad waarin het opzet van een werknemer die niet leidinggevende was, werd toegerekend aan de rechtspersoon (HR 15 oktober 1996, NJ 1997/109). De Hoge Raad betrok in zijn overwegingen onder andere de positie, taken en bevoegdheden van de desbetreffende werknemer.

45. HR 23 november 1999, NJ 2000/587. Art. 344 onder 1 Sr bevat een lichtere strafdreiging (viereneenhalf jaar gevangenisstraf) dan art. 341 sub a onder 3 Sr jo. art. 47 Sr (zes jaar gevangenisstraf).

46. Voor de dogmatische inkadering verwijzen wij naar de noot van D.H. de Jong onder HR 23 november 1999, NJ 2000/587 en Hilverda 2009, p. 380-385.

Uit het voorgaande blijkt dat de bank buiten het kader van art. 344 onder 1 Sr strafbaar kan zijn als deelnemer aan bankbreuk indien wordt aangenomen dat de desbetreffende gedragingen meer omvatten dan het louter rechtmatig in ontvangst nemen van een betaling, bestaande uit de vestiging van het pandrecht.

Doet die situatie zich hier voor? De constructie van de verzamelpandakte kenmerkt zich hierdoor dat de bank op grond van een in de algemene voorwaarden bedongen volmacht de registratie van de pandakte zelf ter hand neemt. De pandgever komt als zodanig niet in beeld bij het verrichten van de gedragingen. Door deze gang van zaken bewerkstelligt de bank voor zichzelf een voorsprong op andere schuldeisers van de schuldenaar hetgeen ook het doel is van de constructie van de verzamelpandakte. Omdat de bank op dagelijkse basis zelf mede namens de pandgever een pandakte registreert als gevolg waarvan een pandrecht tot stand komt op alle daarvoor in aanmerking komende goederen van de pandgever, kan zij in onze optiek niet gezien worden als een passieve schuldeiser die een betaling ontvangt. Zij is juist de drijvende kracht.⁴⁷

Op grond van vorenstaande is naar ons oordeel de conclusie gerechtvaardigd dat het handelen van de bank niet haar begrenzing vindt in art. 344 lid 1 Sr, maar ook in de regeling van de deelneming aan bedrieglijke bankbreuk.

4.2. *Drijfmest en deelneming*

Dit roept de vraag op of bij de beoordeling van de vraag of de rechtspersoon als deelnemer aan het ten laste gelegde feit kan worden aangemerkt de Drijfmestcriteria moeten worden toegepast. Voor de deelnemingsvorm van het medeplegen werd deze vraag bevestigend beantwoord in het in 2005 gewezen Touwtjesmethode-arrest.⁴⁸ De Hoge Raad overwoog daar dat de rederij-rechtspersoon als medepleger met de scheepsbemanning van het ten laste gelegde feit kan worden aangemerkt indien het feit aan haar als medepleger redelijkerwijze kan worden toegerekend. In de daaropvolgende overweging werd het oordeel van het hof gesanctioneerd waarin aan de hand van elementen uit het Drijfmestarrest tot deelneming van de rechtspersoon was geconcludeerd. En ook in latere lagere rechtspraak worden de criteria uit het Drijfmestarrest gebruikt om het daderschap van de rechtspersoon als medepleger vast te stellen.⁴⁹ In de literatuur is verdedigd dat de Drijfmestcriteria ook bij andere deelnemingsvormen zoals uitlokking of medeplichtigheid toepassing kunnen vinden.⁵⁰

Toepassing van de Drijfmestcriteria leidt ons dat de conclusie dat het verpanden van vorderingen door het opmaken en registreren van verzamelpandaktes ook in het kader van het deelnemingsleerstuk geldt als een handelen van de bank. Hetgeen in paragraaf

2.1.2 is gesteld over het daderschap van rechtspersonen geldt hier mutatis mutandis.

Resteert de vraag of dat handelen geldt als deelneming ex art. 47 Sr aan bedrieglijke bankbreuk als bedoeld in art. 341 sub a onder 3 Sr. Twee deelnemingsfiguren willen we hieronder in het bijzonder bespreken. Het gaat om het doen plegen en het medeplegen als neergelegd in art. 47 Sr.

4.3. *De bank als doen pleger van art. 341 sub a onder 3 Sr?*

De deelnemingsvariant van het doen plegen is neergelegd in art. 47 lid 1 onder 1 Sr. Van doen plegen is sprake indien iemand opzettelijk teweegbrengt dat een ander een strafbaar feit begaat, terwijl die ander voor zijn handelen om een of andere reden strafrechtelijk niet aansprakelijk is.⁵¹ Het ontbreken van de strafbaarheid van de onmiddellijke dader kan gelegen zijn in de omstandigheid dat de laatstgenoemde geen opzet had op het strafbare feit dat is gepleegd. Voorts geldt voor doen plegen dat niet vereist is dat de doen pleger de in de delictsomschrijving vereiste kwaliteit bezit.⁵²

Hiervoor in paragraaf 2.2.2 werd het – vermoedelijk gebruikelijke – geval behandeld dat de schuldenaar niet op de hoogte is van de door de bank gehanteerde verzamelpandakteconstructie. Hij zal dan niet strafrechtelijk aansprakelijk zijn vanwege het ontbreken van opzet. Zoals in paragraaf 2.1 aan de orde kwam, verricht hij in onze ogen wel de delictsgedraging bestaande uit de repeterende registratie

47. Vgl. HR 19 maart 1906, W. 8352 waarin verdachte werd veroordeeld voor uitlokking tot bedrieglijke bankbreuk omdat hij bij de schuldenaar had aangedrongen op betaling door te dreigen met het aanvragen van diens faillissement.

48. HR 29 maart 2005, JIN 2005/241 (Vissen met touwtjesmethode).

49. Rb. Groningen 25 oktober 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB6505.

50. Zie E. Gritter, ‘De strafbaarheid van de rechtspersoon’ in Van der Leij (red.) 2007, t.a.p., p. 58. De Hullu 2012, p. 168 vindt dat verduidelijking nodig is van de betekenis van de Drijfmestcriteria bij deelneming door een rechtspersoon. Vlg. G. Knigge, Het opzet van de deelnemer, in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 320.

51. A.E. Harteveld, ‘Doen plegen’ in Van der Leij (red.) 2007, t.a.p., p. 153. Het vereiste van het niet strafbaar zijn van de onmiddellijke dader werd gesteld in HR 27 juni 1898, W. 7146 (Pastoorarrest).

52. Dit volgt uit HR 21 april 1913, NJ 1913/961 (Reispas). In het door ons behandelde geval deert het voor de beoordeling van het doen plegen dus niet dat art. 341 Sr zich tot de schuldenaar richt.

van de verzamelpandakte.⁵³ Voor het kwalificeren van de bank als doen pleger van art. 341 sub a onder 3 Sr is vereist dat kan worden vastgesteld dat zij opzettelijk heeft bewerkstelligd dat de schuldenaar het delict van art. 341 pleegde. Dezelfde redenering als hiervoor werd gevolgd brengt ons tot de conclusie dat een bevestigend oordeel aannemelijk is.⁵⁴ Het (voorwaardelijk) opzet van de bank op de benadeling van de overige schuldeisers kan worden afgeleid uit het voortzetten van de registratie terwijl door inzicht in de financiële huishouding van de schuldenaar de wetenschap bestaat dat het faillissement onvermijdelijk is. Hiermee neemt de bank – gegeven de (veronderstelde) wetenschap van de financiële situatie van de schuldenaar⁵⁵ – op de koop toe dat andere schuldeisers zullen worden benadeeld. Ook zijn wij van oordeel in de gegeven omstandigheden kan worden aangenomen dat de bank beseft dat het blijven gebruiken van de volmacht het noodzakelijke (en dus door haar gewilde) gevolg zal hebben dat de schuldenaar de verboden bevoordelingsgedraging pleegt.⁵⁶ Van belang is tot slot dat de bank niet behoeft te weten dat de schuldenaar geen opzet had op de benadeling van de schuldeisers omdat hij geen besef had van de verzamelpandakteconstructie.⁵⁷ Indien de bank onterecht dacht dat de schuldenaar bekend was met de verzamelpandakteconstructie dan staat dat dus niet in de weg aan het aannemen van doen plegen.

4.4. Medeplegen door de bank en de schuldenaar

Hoe kwalificeert de positie van de bank indien wetenschap van de kwetieuze constructie wel bestaat bij de schuldenaar? Hier doet zich de situatie voor dat zowel de bank als de schuldenaar op de hoogte is van het feit dat op reguliere basis door en ten behoeve van de bank een verzamelpandakte wordt geregistreerd en beide partijen zich bewust zijn van het aanstaande faillissement van de schuldenaar. In paragraaf 2.2.1 betoogden wij dat het stilzitten van de schuldenaar onder het bereik van art. 341 sub a onder 3 Sr valt. Aangezien het echter de bank is die feitelijk de registratiehandeling verricht en door de werking van de volmacht de beoordelingsvrijheid verkrijgt met betrekking tot de geoorloofdheid van de vestiging van pandrechten, menen wij dat de deelnemingsfiguur van het medeplegen hier in het geding is.

Kenmerkend voor het medeplegen is dat de objectieve delictsbestanddelen over de medeplegers kunnen worden verdeeld. Dit houdt in dat het gegeven dat de bank de bevoordelingshandeling verricht – de registratie van de verzamelpandakte – de noodzaak wegneemt om na te gaan of ook de schuldenaar de delictsgedraging verricht.⁵⁸ Wel wordt voor medeplegen blijkens rechtspraak en literatuur vereist dat er een bewuste en nauwe samenwerking is geweest.⁵⁹ Voor medeplegen is daarnaast niet nodig dat alle betrokkenen over de

noodzakelijke kwaliteit beschikken. De bank kan dus medepleger zijn van art. 341 sub a onder 3 Sr, hoewel die bepaling enkel tot de schuldenaar is gericht. Voldoende is dat de bank opzet had op die kwaliteit van de schuldenaar en dus wist van het bestaan ervan.⁶⁰ In het hier aan de orde zijnde geval volgt dit laatste reeds uit de aard der zaak.

De bank dient wel opzet te hebben op bestanddelen waarop het opzet van de schuldenaar volgens art. 341 sub a onder 3 Sr gericht moet zijn voor aansprakelijkheid. Het (voorwaardelijk) opzet van de bank op de verkorting van de rechten van de schuldeisers hadden wij reeds aangenomen voor de situatie waarin de bank wetenschap draagt van het onvermijdelijke faillissement van de schuldenaar en desondanks de registratie voortzet. Ook het (voorwaardelijk) opzet van de schuldenaar die bekend is met de verzamelpandakteconstructie kwam eerder aan de orde.⁶¹ Resteert de vraag of wordt voldaan aan het criterium van de bewuste en nauwe samenwerking zoals dit wordt uitgelegd in de rechtspraak en literatuur.

53. Wij menen dat zelfs indien gezegd zou kunnen worden dat de schuldenaar de gedraging niet verricht, bijv. omdat hij de verpanding niet volgens de eisen van het IJzerdraadarrest heeft aanvaard, het gegeven dat door de bank wel *namens de schuldenaar* een rechtsgeldig pandrecht (en daarmee een verkorting van de rechten van de schuldeisers en een bevoordeling van de bank) tot stand is gebracht, meebrengt dat zij (de bank) nog steeds kan 'doen plegen'. Vgl. A-G Ort, die in zijn conclusie voor HR 21 april 1913, *NJ* 1913/961 (Reispas) spreekt van de "voor het rechtsgevoel onbevredigden en, naar ik meen, juist blijkens de ruime uitdrukking 'doen plegen', door den wetgever niet gewilden toestand, dat in vele gevallen, wegens het ontbreken van het opzet bij den materieelen dader en ten gevolge van een subjectief, bij dezen wel, doch bij den middellijken dader niet aanwezig vereischte, niemand als dader zou strafbaar zijn, terwijl *toch* het door de wet verboden gevolg zoude zijn ingetreden".

54. Zie paragraaf 3 jo. paragraaf 2.2. Het zou bevreemding kunnen wekken dat de bank in deze als doen pleger wordt aangemerkt, omdat in de voor 'doen plegen' typische situaties de doen pleger juist geen feitelijke uitvoeringshandelingen verricht. Het is verhelderend te bedenken dat de 'verboden gedragingen' in het door ons onderzochte geval rechtshandelingen zijn. Het kenmerk van rechtshandelingen is juist dat degene die deze verricht de daarmee beoogde (rechts-)gevolgen ook door middel van een derde tot stand kan (laten) brengen. De figuur van de volmacht is bij uitstek een instrument om dit te bewerkstelligen.

55. Zie paragraaf 1.

56. Hier wordt bedoeld op het noodzakelijkheidsbewustzijn als de op een na hoogste vorm van opzet.

57. Noyon/Langemeijer/Rommelink, aant. 13 bij art. 47 Sr.

58. Wij roepen in herinnering dat wij hiervoor hebben geconcludeerd dat door de figuur van het functioneel daderschap de schuldenaar de bevoordelingshandeling verricht.

59. Zie het recentelijk gewezen HR 2 december 2014, *RvdW* 2015/45. Zie voorts De Hullu 2012, p. 447.

60. Dit volgt uit het HR 21 juni 1926, *NJ* 1926/955 (Magazijnbediende).

61. Zie paragraaf 2.2.1 en in de context van medeplegen: A. Postma, *Opzet en toerekening bij medeplegen - een rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. RuG), Wolf Legal Publishers, 2014, p. 89.

In de ontwikkeling van de figuur van het medeplegen is het accent steeds meer komen te liggen op de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de afzonderlijke medeplegers voor het plaatsvinden van het delict.⁶² Lijfelijke aanwezigheid bij het verrichten van de delictsgedraging is niet vereist.⁶³ Het feit dat de schuldenaar niet aanwezig is bij de registratiehandeling, doet dus geen afbreuk aan medeplegen. Het woord ‘bewust’ in het omschreven criterium drukt uit dat de afzonderlijke medeplegers zich bewust dienen te zijn van de samenwerking en dus een gezamenlijk doel hebben. Dat doel hoeft op zichzelf niet strafbaar te zijn, hetgeen echter de mogelijkheid onverlet laat dat bij het nastreven van dat doel een strafbaar feit kan worden begaan.⁶⁴

Het gezamenlijke doel van de bank en de schuldenaar is het ten behoeve van de bank tot stand brengen van pandrechten ter zekerheid van de nakoming van de kredietvorderingen. Teneinde dat doel te bereiken wordt door het aanwenden van de volmachtconstructie wederzijds kenbaar samengewerkt indien, zoals wij in deze paragraaf tot uitgangspunt nemen, de schuldenaar op de hoogte is van die constructie. Die samenwerking heeft haar oorsprong weliswaar in (het sluiten van) de kredietovereenkomst, maar duurt in beginsel net zo lang voort als er ten behoeve van de bank pandrechten worden gevestigd. Het is niet ondenkbaar dat deze samenwerking ook nauw kan worden genoemd indien beider rollen bij het hanteren van de verzamelpandakteconstructie en het door de schuldenaar in weerwil van zijn aanstaande faillissement laten voortduren van de registratie in ogenschouw worden genomen. De bank is de actor die de feitelijke uitvoeringshandeling verricht, maar zij is ook de initiator van de verzamelpandakteconstructie. De schuldenaar die hier zijn goedkeuring aan verbindt, weet dat hiermee alle handelingen die benodigd zijn voor het vestigen van pandrechten in handen van de bank worden gesteld. Deze machtsoverdracht neemt echter niet weg dat de verantwoordelijkheden tegenover zijn (overige) schuldeisers zoals die onder meer uit art. 341 Sr voortvloeien, blijven bestaan. De initiërende rol van de bank, beider betrokkenheid in de voorfase en de passieve rol van de schuldenaar die zich niet distantieert van de doorlopende registratie door de bank maken het in onze ogen niet onaanvaardbaar dat zij gezamenlijk het delict van art. 341 onder 1 Sr plegen.⁶⁵

Volledigheidshalve zij vermeld dat het delict van art. 341 onder sub a onder 3 Sr pas is vervuld indien de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard. Als bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid verleent het faillissement de strafbaarheid aan de gedraging.⁶⁶ De bank (of de schuldenaar) kan slechts strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld indien het faillissement van de schuldenaar is uitgesproken.

5. Conclusie

De verzamelpandakteconstructie heeft niet alleen voordelen. Zij leidt gemakkelijk tot een mechanisch en massaal systeem, waarin dagelijks formalistische handelingen worden verricht, zonder dat iemand nog nadenkt, maar die voor velen rechtsgevolgen in het leven roepen. Het zijn deze kenmerken die het systeem in abstracto zo efficiënt maken, maar die ook maken dat in concrete gevallen in de gerechtvaardigde, beschermde belangen van derden wordt getreden, met de reële kans op schending van strafrechtelijke normen, door schuldenaar én bank. Zij doen er goed aan zich daar rekenschap van te geven en er in hun bedrijfsproces in te voorzien dat de verzamelpandakte niet wordt ondertekend namens die schuldeisers wier faillissement onvermijdelijk is.

62. Postma 2014, p. 21.

63. Zie HR 17 november 1981, *NJ* 1983/84 (Containerdiefstal).

64. Postma 2014, p. 24.

65. Hier valt een parallel te trekken met HR 10 april 1973, *NJ* 1973/468, waar in een situatie dat een kapitein van een schip de bevelvoering had overgelaten aan een loods en niet had ingegrepen toen de loods met te hoge snelheid voer, de loods die zich ervan bewust was dat de kapitein de bevelvoering aan hem had toevertrouwd en niet zou ingrijpen, werd aangemerkt als medepleger van het door de kapitein gepleegde scheepvaart (kwaliteits)delict van het toenmalige art. 473 Sr. Ook al bleef de kapitein passief en liet hij het roer – letterlijk – aan de loods die in feite het bevel voerde, in de geschetste omstandigheden was er “een bewuste samenwerking” tussen beiden.

66. Hilverda 2009, p. 88.